# Der Anspruch des Gläubigers auf den bei dem mittelbar beteiligten Dritten entstandenen Schaden.

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

Juristen-Fakultät der Universität Rostock

ACAD. LIBRARY BIBL.

vorgelegt

von

Referendar **Hans Markwort,**
aus **Uelzen,** Prov. Hannover.

**Rostock.**
Rats- und Universitäts-Buchdruckerei von Adlers Erben, G. m. b. H.
1911.

Referent: Prof. Dr. Matthiaß.

Meinem Vater.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551525_0075

# Inhalt.


**A. Einleitung.**

§ 1. Das Problem . . . . . 1

**B. Lösung des Problems.**

I. Stellung der Praxis zu unserer Frage.

§ 2. a) Allgemeines . . . . . 5

§ 3. b) Der Kommissionär verfolgt das Interesse des Kommittenten gegen seinen Vertragsgegner . . . . 6

§ 4. c) Der Verkäufer verfolgt das Interesse seines Käufers gegen den Frachtführer . . . . . 6

§ 5. d) Der Spediteur verfolgt das Interesse seines Auftraggebers gegen den Frachtführer . . . . . 7

§ 6. e) Der Beauftragte, der den Auftrag befugtermaßen weitergegeben hat, verklagt den zweiten Beauftragten auf das Interesse seines Auftraggebers . 9

II. Die Theorie.

§ 7. a) Allgemeines . . . . . 10

§ 8. b) Der Kommissionär hat den Vertrag im Namen des Kommittenten abgeschlossen . . . . . 13

§ 9. c) Der Kommissionär hat den Vertrag im eigenen Namen aber auf Rechnung eines Dritten abgeschlossen . . . . . 13

§ 10. 1) Allgemeiner Satz von Windscheid . . . . . 13

§ 11. 2) Ist der Kommissionär zur Vertretung des Kommittenten und zur Ausübung der diesem aus dem abgeschlossenen Geschäfte mittelbar erwachsenen Rechte durch den Kommissionsvertrag legitimiert? 14

§ 12. 3) Erübrigt sich unsere Frage, wenn der geschädigte Dritte die actio negotiorum gestorum hat? . . 15
§ 13. 4) Der Kontrahent hat sich verpflichtet, den Schaden des Dritten zu ersetzen . . . . . 17
§ 14. 5) Kann man aus der Natur des Rechtsgeschäftes auf eine stillschweigende Verpflichtung schließen? 18
§ 15. 6) Haftet der Kontrahent des Vertragsbrechers dem Dritten, kann er dessen volles Interesse verfolgen 20
§ 16. 7) Das Interesse des Mittelmanns an der Erfüllung 21
§ 17. 8) Quellenbelege . . . . . 23
§ 18. 9) Kommt es darauf an, daß der Vertragsbrecher die materielle Beteiligung des Dritten kannte? . . 40
§ 19. 10) Kann der Gläubiger Schadensersatz an sich oder nur an den geschädigten Dritten verlangen? . . 43

§ 20. **C. Schlußresultat** . . . . . 46

§ 21. **D. Kann man das auf Grund des gemeinen Rechts gewonnene Resultat auf unser heutiges Recht anwenden?** 49

# Literaturverzeichnis.


Bekker, Aktionen, Bd. 2.

Brinz, Pandekten.

Corpus juris.

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte.

Endemann, Lehrbuch I.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte.

Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. XII.

Mommsen, Beiträge II.

Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung. Berlin 1905.

Protokolle I.

Regelsberger, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, Bd. 41.

R. O. H. G., Bd. 14.

R. O. H. G., Bd. 17.

R. O. H. G., Bd. 11.

R. G. E., Bd. 27.

R. G. E., Bd. 39.

R. G. E., Bd. 40.

Sammlung von Erkenntnissen und Entscheidungsgründen des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck in hamburgischen Rechtssachen, nebst den Erkenntnissen der unteren Instanzen II.

Seuffert's Archiv, Bd. 11.

Solmitz, in Hanseatische Gerichtszeitung 1899, Nr. 49.
Staub, Kommentar zum H. G. B., Bd. I.
Thibaut, Civilistische Abhandlungen.
Thöl, Entscheidungsgründe, Bd. 13.
v. Tuhr, in Grünhut, Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 25.
Vangerow, Lehrb. 6. Aufl., Bd. 3.
Windscheid-Kipp, Pandektenlehrbuch.
Zimmermann, in Archiv für Handelsrecht I.

# A. Einleitung.

## Das Problem.

### § 1.

Casum sentit dominus. Jeder, der einen Schaden erleidet, hat diesen grundsätzlich selbst zu tragen. Abgesehen von Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und aus ungerechtfertigter Bereicherung, die in dieser Abhandlung nicht zur Sprache kommen sollen, kann man einen anderen für einen Schaden nur dann verantwortlich machen, wenn man mit dem anderen einen Vertrag abgeschlossen hat, wenn der Schaden bei dem ersteren sebst entstanden und wenn der Schaden infolge eines von dem anderen zu vertretenen Umstandes eingetreten ist. Diese Voraussetzungen hat das B. G. B. nicht ausdrücklich den §§ 249 ff. vorangestellt. Sie ergeben sich aus den Grundsätzen des gemeinen Rechts über den Begriff und Umfang des Schadens, welcher auch die Basis für die Ordnung des Schadensersatzrechtes im B. G. B. bildet[1]).

Nun entsteht die Frage, ob auch der Gläubiger den Schaden, den nicht er selbst, sondern ein mittelbar beteiligter Dritter erlitten hat, von seinem Vertragsgegner einklagen kann. Dieser Fall kommt im täglichen

[1]) Endemann, § 128, Anm. 1.

Leben des öfteren vor, ohne daß man auf Grund des positiven Rechts zu einer befriedigenden Lösung gelangen kann.

Das B. G. B. hat sich der Beantwortung dieser Frage enthalten. In der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches wurden zwei Anträge[2]) zwecks Regelung der „mittelbaren Beschädigung" gestellt. Sie wurden jedoch beide zurückgewiesen.

„Die Mehrheit der Kommission glaubte nicht, daß ein Bedürfnis bestehe, die in den Anträgen behandelten Fragen durch eine besondere Vorschrift zu entscheiden und zweifelte, ob sich für eine solche Vorschrift eine einwandfreie Fassung finden ließe. Die neueren Gesetzgebungswerke enthalten einen solchen Rechtssatz nicht; es könne angenommen werden, daß auch ohne eine ausdrückliche Bestimmung die Recht-

---

[2]) 1. Ist durch den die Ersatzpflicht begründenden Umstand einem Dritten ein Schaden entstanden, wegen dessen der Dritte von dem Ersatzberechtigten Abtretung des Ersatzanspruches zu verlangen berechtigt ist, so erstreckt sich die Ersatzpflicht auf den dem Dritten entstandenen Schaden.

2. Hat jemand im eigenen Namen für Rechnung eines anderen einen Vertrag mit einem Dritten geschlossen, so ist im Falle der Nichterfüllung von dem Dritten der Schaden zu ersetzen, welchen derjenige erlitten hat, für dessen Rechnung der Vertrag geschlossen wurde.

Evtl. mit dem Zusatze:

Die Vorschrift des ersten Absatzes findet entsprechende Anwendung, wenn durch eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung Gegenstände beschädigt sind, welche der Beschädigte einem andern herauszugeben verpflichtet ist.

sprechung wie bisher zu dem richtigen Ergebnis gelangen werde, und es empfehle sich nicht, in einer zweifelhaften und noch nicht zu festem Abschluß gelangten Frage der wissenschaftlichen Entwicklung vorzugreifen[3])."

Es erhellt hieraus, daß eine nähere Prüfung unserer Frage weder der theoretischen noch der praktischen Bedeutung entbehrt.

In dem von Endemann[4]) gegebenen Beispiel liegt der Fall folgendermaßen: „Der Gutsbesitzer A. übergibt das verkaufte Faß Spiritus an den Fuhrmann B., damit er es auf Gefahr des Käufers befördere und in der Stadt an den Käufer C. abliefere. Unterwegs läßt B. das Faß mehrere Stunden unbeaufsichtigt vor dem Wirtshaus stehen. Unbekannte Personen haben inzwischen den Spiritus abgezapft."

Der Schaden ist infolge eines von B. zu vertretenen Umstandes eingetreten. Wie kann C. zu seinem Recht kommen? Klagt C. gegen B. den erlittenen Schaden ein, so entgegnet B.: tecum non contraxi. Einer Klage des A. hält B. entgegen: tua non interest. „Das positive Recht stellt also damit einen Freibrief aus für vertragswidriges Handeln[5])."

Diesem, jedem Rechtsgefühl widersprechenden Zustande mußte Abhilfe geschafft werden. Eine Norm zu finden, die zu einem befriedigenden Resultat führt,

---

[3]) Protokolle I, S. 299.

[4]) Endemann, § 128, Anm. 3.

[5]) Regelsberger, in Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Bd. 41, S. 253.

die den Vertragsbrecher für den von ihm zu vertretenden Schaden verantwortlich macht und den Geschädigten zu seinem Recht verhilft, ist Sache der Wissenschaft. Dieser Aufgabe hat sich dieselbe mit Erfolg unterzogen. Im Ergebnis ist man sich über das Prinzip einig; aber über die Tragweite des Satzes ist lebhaft gestritten worden.

# B. Lösung des Problems.

## I. Stellungnahme der Praxis zu unserer Frage.

### § 2.

#### a) Allgemeines.

Die Praxis hat des öfteren Gelegenheit gehabt, zu unserer Frage Stellung zu nehmen. Wie schon in den Protokollen[6]) erwähnt ist, haben unsere höchsten Gerichte in dem für das Verkehrsbedürfnis befriedigendsten Sinne entschieden. Mit wenigen Abweichungen sind die Entscheidungen im Endresultat übereinstimmend.

### § 3.

Den ersten Fall, der hauptsächlich das öffentliche Interesse auf unsere Frage gelenkt hat, hat ein Erkenntnis des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck zum Inhalt[7]).

---

[6]) Vgl. oben S. 3.

[7]) Sammlung von Erkenntnissen und Entscheidungsgründen des Ober-Appellationsgerichtes zu Lübeck in Hamburgischen Rechtssachen, nebst den Erkenntnissen der unteren Instanzen 11, S. 948 ff. und Seuffert's Archiv 11, S. 49, 50.

**b) Der Kommissionär verfolgt das Interesse des Kommittenten gegen seinen Vertragsgegner.**

In der Hauptsache hat das Gericht hier zum Ausdruck gebracht, daß Schiffer, welche mit Kaufleuten, die notorisch ein Kommissions- oder Speditionsgeschäft betreiben, einen Frachtkontrakt abschließen, wohl wissen oder wissen müssen, daß dieses Geschäft zunächst das Interesse dritter Personen im Auge habe. „Durch Abschluß eines solchen Kontrakts übernehmen sie die Verbindlichkeit, diesem Interesse durch pünktliche Vertragserfüllung Genüge zu tun und demzufolge auch (für den Fall schuldhafter Nichterfüllung) die Haftung für Ersatz des sich durch Mitberücksichtigung dieses Interesses herausstellenden Schadens[8])."

Ebenso hat sich in ähnlichen Fällen das Reichsoberhandelsgericht[9]) und das Reichsgericht[10]) ausgesprochen.

**§ 4.**

**c) Der Verkäufer verfolgt das Interesse seines Käufers gegen den Frachtführer.**

Eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[11]) besagt, daß der klagende Verkäufer, der den Speditionsvertrag mit dem beklagten Frachtführer im eigenen Namen abgeschlossen hat, diesen auf Erfüllung des Vertrages, resp. auf das Erfüllungsinteresse in Anspruch nehmen könne. „Möglicherweise hat die Klägerin beim

[8]) Seuffert's Archiv 11, a. a. O.

[9]) R. O. H. G., Bd. 14, S. 400 und Bd. 22, S. 253.

[10]) R. G. E., Bd. 27, S. 125 und Bd. 40, S. 174.

[11]) R. O. H. G., Bd. 17, S. 78.

Abschluß des Speditionsvertrages im fremden Interesse gehandelt, es ist möglich, daß sie übernommen hatte, im Interesse des Käufers die Ware nach seinem Bestimmungsorte zu senden, und daß die Ware mit der Aufgabe zur Eisenbahn in das Eigentum des Käufers übergegangen ist. Aber diese Möglichkeit oder Wirklichkeit ändert nichts an der Verbindlichkeit des Beklagten, der Klägerin als seiner Kontrahentin für die Vertragserfüllung einzustehen. Es wäre ohne Belang, wenn er zu zeigen vermöchte, daß der durch Nichterfüllung entstandene Schaden nicht die Klägerin, sondern denjenigen, in dessen Interesse sie den Vertrag geschlossen, also den Käufer als ihren Auftraggeber oder Kommittenten, getroffen habe. Denn ohne Rücksicht auf diese Rechtsstellung der Klägerin zu ihrem Auftraggeber genügt für des Beklagten Haftpflicht wegen Nichterfüllung, daß von seiner Gegnerin im eigenen Namen mit ihm abgeschlossen, und daß das Interesse des angeblichen Auftraggebers an der Vertragserfüllung vermöge dieses Vertragsschlusses und vermöge der Verantwortlichkeit gegen den Auftraggeber das eigene Interesse der Klägerin ist[12]).“

## § 5.

### d) Der Spediteur verfolgt das Interesse seines Auftraggebers gegen den Frachtführer.

„Wird von einem Spediteur im eigenen Namen auf fremde Rechnung ein Frachtvertrag geschlossen, welchen der Verfrachter pflichtwidrig nicht erfüllt, so

[12]) R. O. H. G., Bd. 17, a. a. O.

kann allerdings nach Art. 368, 387 H. G. B. die Interessenklage wegen Nichterfüllung des Kontrakts von dem Kommittenten des Spediteurs nur dann erhoben werden, wenn der Spediteur die kontraktlichen Rechte ihm abgetreten hat. Keineswegs aber bedarf der Spediteur, welcher wegen des dem Kommittenten durch die Nichterfüllung erwachsenen Schadens die Interessenklage anstellt, zu seiner Legitimation der Zession der Rechte des Kommittenten. Eine solche Zession ist entbehrlich, weil der Spediteur im eigenen Namen kontrahiert hat und allein dem Gegenkontrahenten als Berechtigter gegenübersteht, die kontraktlichen Rechte also unmittelbar geltend zu machen befugt sein muß, zumal er zur Vertretung des Kommittenten und zur Ausübung der diesem aus dem Frachtvertrage mittelbar erwachsenen Rechte und Ansprüche durch den Speditionsauftrag legitimiert ist. Gegen seine desfallsige Legitimation kann ebenso wenig ein begründetes Bedenken aufkommen, als es zweifelhaft erscheint, daß bei der von ihm auf Ersatz des Interesses erhobenen Klage der von dem Kommittenten erlittene Schaden in Betracht kommt. In der letzteren Hinsicht ist übrigens weder von den Parteien noch von den Vorrichtern ein Zweifel angeregt; auch würde ein solcher, wenigstens im allgemeinen und, von besonderen Umständen abgesehen, unbegründet sein, da der Kommittent es ist, für dessen Rechnung kraft des zwischen ihm und dem Kommissionär bestehenden Mandatsverhältnisses der Vertrag geschlossen wird[13]).“

[13]) R. O. H. G., Bd. 11, S. 259 f.

## § 6.

**e) Der Beauftragte, der den Auftrag befugtermaßen weitergegeben hat, verklagt den zweiten Beauftragten auf das Interesse seines Auftraggebers.**

„Im gemeinen Rechte hatte derjenige, der im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung mit einem anderen kontrahiert, gegen Letzteren aus diesem Vertrage auch einen Anspruch auf Ersatz des Schadens, welcher seinem Auftraggeber durch die Kontraktwidrigkeit des anderen Kontrahenten entsteht. Dadurch, daß er im Interesse eines Dritten kontrahiert, macht er dessen Interesse zu dem seinigen. Dieser auch in der Praxis der Gerichte anerkannte und vielfach angewendete Rechtssatz ist allgemeiner Natur, für den Verkehr gar nicht zu entbehren, und nach ihm kann der Beauftragte insbesondere auch gegen den von ihm wieder Beauftragten, wenn dieser den Auftrag kontraktwidrig nicht oder mangelhaft erfüllt hat, mit der Mandatsklage das Interesse des ursprünglichen (ersten) Auftraggebers verfolgen. Hierbei ist ganz abzusehen davon, ob den Beklagten, der in solcher Weise klagt, vielleicht gegenüber seinem Auftraggeber der Vorwurf eines Verschuldens trifft, und auch darauf möchte man kein ausschlaggebendes Gewicht legen dürfen, ob der Mitkontrahent wußte, daß der andere für Rechnung im Interesse eines Dritten handele[14]).“

Im letzteren Falle wird besonders betont, daß es zu einer Ersatzpflicht des Vertragsbrechers nicht

[14]) R. G. E., Bd. 40, S. 189 f.

erforderlich ist, daß dieser die materielle Beteiligung des Dritten kannte. Als Erfordernis der Haftung wird die Kenntnis nur in einem Falle[15]) aufgestellt, jedoch handelt es sich um die Haftung für den Schaden einer Person, die erst nachträglich durch Forderungsabtretung in den Kreis der an der Vertragserfüllung materiell Beteiligten eingetreten war.

Die höchsten Gerichte haben also in ihren Entscheidungen dem Verkehrsbedürfnis Rechnung getragen und sind hiermit zu befriedigenden Resultaten gelangt. Ihre Begründungen entbehren jedoch, abgesehen von einigen Quellenzitaten, der wissenschaftlichen Grundlage. Der Aufgabe, eine solche zu schaffen, hat sich die Theorie im ausgiebigsten Maße unterzogen.

## II. Die Theorie.

### § 7.

### a) Allgemeines.

Auf Grund der oben angeführten Entscheidung[16]) des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck hat sich zuerst mit der Lösung unseres Problems Z i m m e r m a n n, damaliger Ober-Appellationsgerichtsrat in Lübeck, befaßt. Seine Abhandlung war epochemachend und hat für die späteren Entscheidungen die Grundlage gebildet.

„Wie oft Gerichte vor dem Erscheinen der Z i m m e r mannschen Abhandlung unter dem Druck der alten Theorie geseufzt haben, wer vermag es zu sagen? Aber

[15]) R. G. E., Bd. 39, S. 254.

[16]) Anm. 7.

die Abhandlung hat gezündet, und die Rechtsprechung hat seitdem unentwegt und unbeirrt von theoretischen Bedenken an deren Grundgedanken festgehalten[17])."

Unter der „alten Theorie" versteht Regelsberger hier den für den Schadensersatz geltenden Grundsatz: Prinzipiell haftet der Vertragsschuldner nur für den Schaden, den er im Vermögen seines Vertragsgegners hervorgerufen hat.

Die Theorie hat sich nicht so leicht mit unserer Frage abgefunden. In der Wissenschaft ist die Zimmermannsche Abhandlung der mannigfachsten Angriffe ausgesetzt gewesen.

Zimmermann behandelt nun zwar unsere Frage nur in einer einzelnen Anwendung, für das Verhältnis des Kommissionärs zu seinem Vertragsgegner, mit dem er in Ausführung der Kommission einen Vertrag abgeschlossen hat. „Es ist dies aber nicht bloß die im praktischen Leben häufigste Anwendung, sondern es spielen sich bei ihr alle für unser Problem wichtigen Fragen ab. Die von Zimmermann beobachtete Beschränkung tut daher dem Wert seiner Abhandlung keinen Eintrag[18])."

Im Gegensatz hierzu steht Tuhr[19]). Die von Zimmermann angeführten Quellenstellen sind seiner Ansicht nach nicht auf das Kommissionsgeschäft an-

[17]) Regelsberger, a. a. O., S. 270.

[18]) Regelsberger, a. a. O., S. 258.

[19]) v. Tuhr, in Grünhut, Zeitschr. für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart, Bd. 25, S. 550, 551.

wendbar. Der Kommissionär habe durch ordnungsmäßigen Abschluß des Geschäfts seine Pflicht erfüllt, das Geschäft stehe sodann auf Gefahr des Kommittenten. Daß dies nicht immer der Fall zu sein braucht, daß im Gegenteil in den häufigsten Fällen der Kommissionär mit dem Abschlusse des Geschäfts nicht jeder Pflicht gegenüber seinem Kommittenten ledig ist, weist Regelsberger[20]) nach. „Er muß, was er aus dem Geschäft erlangt hat, an den Kommittenten abtreten; er muß ihn mit der nötigen Auskunft behufs der Rechtsverfolgung gegen seinen Vertragsgegner versehen u. ä. Vollends auf den häufigsten Fall der Kommission zum Einkauf von Wertpapieren trifft die Tuhrsche Behauptung nicht zu. „Kaufen Sie für mich 20 Stück Diskonto-Kommanditanteile", heißt: „Kaufen und liefern Sie mir." Hier erfüllt der Kommissionär seine Pflicht mit dem Abschluß des Kaufvertrages gewiß nicht. Freilich für den Mißerfolg des Geschäfts hat der Kommissionär nicht aufzukommen, umsichtige Ausführung des Auftrags vorausgesetzt. Aber auch das gilt ebenso vom zivilrechtlichen Beauftragten[21])." Daher erkennt Regelsberger den von Tuhr gemachten Unterschied zwischen dem zivilrechtlich Beauftragten und dem Kommissionär nicht an.

Untersuchen wir unsere Frage auf Grund der Zimmermannschen Abhandlung und prüfen wir dabei die von anderen Autoren gemachten Einwendungen.

---

[20]) Regelsberger, a. a. O., S. 265.

[21]) Regelsberger, a. a. O., S. 265, 266.

## § 8.

**b) Der Kommissionär hat den Vertrag im Namen des Kommittenten abgeschlossen.**

Hierbei ist es nicht wesentlich, daß der Name des Geschäftsherrn genannt wurde. Es genügt eine allgemeine Klausel wie z. B. „für Rechnung, wen es angeht[22])". In diesem Falle ist nach Ansicht Zimmermanns der Kommittent der eigentliche Kontrahent, er allein erwirbt aus dem Vertrage ein direktes Klagrecht. Die Folge davon würde sein, daß der Kommittent auch seinen gesamten Schaden einklagen kann, während der Kommissionär diese Klage nur auf Grund einer ihn hierzu legitimierenden Vollmacht des Kommittenten erheben könnte. Ganz unbestritten ist die Möglichkeit eines direkten Klagrechts des Kommittenten nicht, jedoch gibt die herrschende Meinung eine solche zu[23]).

## § 9.

**c) Der Kommissionär hat den Vertrag im eigenen Namen aber auf Rechnung eines Dritten abgeschlossen.**

Dies ist der im gewöhnlichen Verkehrsleben am häufigsten eintretende Fall; bei ihm ist eine befriedigende Antwort auf unsere Frage von der größten Bedeutung.

## § 10.

### 1. Allgemeiner Satz von Windscheid.

Windscheid stellt zur Lösung der Frage in seinem Pandektenlehrbuch den Satz auf: Hat sich der

[22]) So Thöl, Entscheidungsgründe Nr. 13, S. 16.

[23]) Zimmermann, Archiv f. Handelsrecht I, S. 60 Anm.

Gläubiger im Interesse eines anderen zum Gläubiger gemacht, so bildet den Inhalt seiner Interessenforderung der von diesem anderen erlittene Nachteil.“ Und in Note 19: „Dadurch, daß er (der Gläubiger) im Interesse eines anderen kontrahiert, macht er dessen Interesse zu seinem eigenen[24]).“

Dieser Satz hat überall in der Literatur als viel zu weitgehend keine Anerkennung gefunden. Es findet sich auch keine Quellenstelle, die den Satz rechtfertigen würde[25]).

## § 11.

**2. Ist der Kommissionär zur Vertretung des Kommittenten und zur Ausübung der diesem aus dem abgeschlossenen Geschäft mittelbar erwachsenen Rechte durch den Kommissionsvertrag legitimiert?**

Dieser vom R. O. H. G.[26]) vertretenen Ansicht, der sich u. a. auch Staub[27]) anschließt, tritt Tuhr entgegen. „Wenn der Kommissionär gegen seinen Mitkontrahenten klagt, so tut er das aus eigenem Rechte und nicht so, daß er irgend welche Rechte des Kommittenten geltend macht. Dazu bedürfte er, wie jeder

[24]) Windscheid, § 258.

[25]) Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 301: „Aus allgemeinen Grundsätzen läßt sich ein solcher genereller Satz unmöglich herleiten. Er würde die Sicherheit des Verkehrs vollkommen untergraben. — Note 9: Denn welches Geschäft geht nicht noch einen Dritten an? Das läßt sich in unzählich vielen Fällen behaupten.“

[26]) R. O. H. G., Bd. 11, S. 259, 260.

[27]) Staub, Kommentar zum H. G. B., § 383, Anm. 20.

andere Vertreter, einer Vollmacht. Und hat denn der Kommittent Rechte gegen den Mitkontrahenten? Allerdings gelten nach H. G. B. Art. 368 die Rechte des Kommissionärs als solche des Kommittenten, aber nur im inneren Verhältnis, nach außen, d. h. gegenüber dem Mitkontrahenten, ist die actio empti des Kommissionärs eine eigene Klage, so gut wie die actio empti des zivilrechtlichen Mandatars, für den ja Art. 368 nicht gilt. Man kann m. E. durch solche Argumentationen aus Art. 368 die Tatsache nicht aus der Welt schaffen, daß im Kommissionsverhältnis Klagrecht und Interesse, die gewöhnlich in der Person des Gläubigers vereinigt sind, sich auf zwei Personen verteilen, daß das Interesse an der Erfüllung des Vertrages für den Kommissionär ein fremdes sein kann[28]).“

## § 12.

### 3. Erübrigt sich unsere Frage, wenn der geschädigte Dritte die actio negotiorum gestorum hat?

In einer Abhandlung: „Über die Vereinbarlichkeit der actio negotiorum gestorum des Geschäftsführers mit einem, demselben von einem Dritten gegebenen Auftrage“ behandelt Thibaut[29]) einen dem unsrigen ähnlichen Fall. Er stellt die Frage auf, ob jemand, der im Auftrage eines anderen die Angelegenheit eines Dritten besorgt, außer dem Auftraggeber aus dem Auftrage, auch dem Dritten aus der negotiorum gestio verpflichtet und auch berechtigt werde. Er bejaht dies,

[28]) v. Tuhr, a. a. O., S. 552.

[29]) Thibaut, Zivilistische Abhandlungen, S. 467 ff.

auch selbst für den Fall, daß der Beauftragte nicht gewußt hat, daß es sich um die Angelegenheit eines Dritten handle mit der Begründung, das neuere Recht habe im allgemeinen die milde Ansicht angenommen, daß der Irrtum des gestor über die Person des dominus sein Klagrecht nicht aufhebe, sofern er nicht das Geschäft irrig für sich selbst besorgte. Er belegt diese Ansicht mit verschiedenen Digestenstellen und Aussprüchen von Rechtsgelehrten[30]).

Für unsere Frage ist diese Ansicht Thibauts, angenommen sie sei richtig, nicht von entscheidender Bedeutung. Wie Zimmermann[31]) an dem von ihm behandelten Fall nachweist, sind die Voraussetzungen und die Folgen der Vertragsklage, mit der wir zu rechnen haben, und der actio negotiorum gestorum ganz verschieden. Die Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag setzt voraus, daß der Geschäftsführer für den Geschäftsherrn wirklich tätig geworden ist. Ihre Anwendbarkeit würde also versagen, wenn er mit der Erfüllung der vertragsmäßig übernommenen Verbindlichkeit noch gar nicht den Anfang gemacht haben sollte. „Nun wird aber die hier in Rede stehende Schädigung häufig gerade darin ihren Grund haben, daß der mit der Ausführung Beauftragte nichts getan hat. Die actio negotiorum gestorum versagt daher in wichtigen Fällen gänzlich. Aber auch, wo sie anschlägt, bietet sie keinen vollen Ersatz für den Anspruch aus der ver-

[30]) Thibaut, a. a. O., S. 469, 470.

[31]) Zimmermann, a. a. O., S. 61.

tragsmäßigen Verpflichtung des Schädigers. Diese Verpflichtung bildet für das Verhältnis des dominus negotii zum gestor eine res inter alios acta. Das ganze Drum und Dran der vertragsmäßigen Verpflichtung bleibt für die Beurteilung jenes Verhältnisses außer Betracht. So kann es kommen, daß das schädigende Verhalten aus dem Gesichtspunkte der freiwilligen Geschäftsführung keine Verantwortlichkeit begründet, während es zweifellos eine schuldhafte Verletzung der vertragsmäßigen Verbindlichkeit enthält[32]).“ Dies zeigt sich an dem von Zimmermann behandelten Fall. Als negotiorum gestor brauchte der Schiffer zweifellos die Ladung Kork in Cuxhafen nicht zu löschen, da er dadurch die andere Ladung gefährdete. Inhaltlich des Vertrages war er hierzu verpflichtet[33]).

## § 13.

### 4. Der Kontrahent hat sich verpflichtet, den Schaden des Dritten zu ersetzen.

In diesem Falle hat der Kommissionär, der als Vertragsgegner allein klageberechtigt ist, fragelos einen Anspruch auf Ersatz des dem Kommittenten erwachsenen Schadens. Schon im römischen Recht war es nicht ausgeschlossen, die zum besten eines Dritten bedungene Leistung durch Stipulierung einer Konventionalstrafe oder aber statt dessen durch Stipulierung „quanti ea res erit“, d. h. des Interesses des Dritten zu sichern[34]).

[32]) Regelsberger, a. a. O., S. 256.

[33]) Zimmermann, a. a. O., S. 61.

[34]) Vgl. Zimmermann, a. a. O., S. 62.

## § 14.

### 5. Kann man aus der Natur des Rechtsgeschäftes auf eine stillschweigende Verpflichtung schließen?

Nach dem heutigen Recht kann eine derartige Konvention, wie die unter 4 erwähnte, auch stillschweigend eingegangen werden, wenn sich solches aus der Natur des Rechtsgeschäfts ergibt. Man könnte versucht sein, dies auf unsern Fall anzuwenden. Damit wären die größten Schwierigkeiten überwunden. Es liegt doch nahe, dem Kontrahenten bei der Natur der uns berührenden Rechtsgeschäfte einen bestimmten Vertragswillen zu supponieren derart, daß er sich durch Eingehung eines derartigen Vertrages, wohl wissend, daß es sich um das Interesse eines von seinem Kontrahenten vertretenen Dritten handelt, auch verpflichtet, im Falle eines von ihm zu vertretenen Vertragsbruchs, dieses Interesse des Dritten zu ersetzen. Man könnte zu dieser Ansicht kommen, wenn man bedenkt, daß es bei den meisten hier in Frage kommenden Rechtsgeschäften offenkundig ist, daß nicht der Vertragsgegner, sondern ein Dritter an dem Ausgange des Vertrages interessiert ist. Selbst in unserem oben angeführten Beispiel von Endemann[35]) mußte sich der Fuhrmann B. sagen, daß das Faß Spiritus von C. gekauft sei, daß es sich also, da spätestens mit der Übergabe des Fasses von Seiten des A. an den Fuhrmann B. die Gefahr auf C. übergeht, um das Interesse des C. handelt. Wenn nun der C. dem A. gegenüber die ver-

[35]) Vgl. oben S. 3.

tragsmäßige Verpflichtung übernimmt, das Faß dem C. zu übermitteln, dann kann man ihm wohl mit Recht den oben erwähnten Vertragswillen unterstellen. Im anderen Falle wäre das ganze Rechtsgeschäft ja ein Nonsens.

Auf diese Erwägung stützt sich auch die an den von Zimmermann behandelten Fall in Seufferts Archiv angeknüpfte „Nachschrift“[36]).

Hellwig[37]) nimmt in den Fällen, in denen entweder die Haftung für das fremde Interesse ausdrücklich ausgemacht ist, oder sich nach den konkreten Umständen gemäß der Verkehrssitte von selbst versteht, die Haftung als stillschweigend vereinbart an. Dies trifft nach ihm hauptsächlich im Handelsgeschäft zu. Jeder, der mit einem Kommissions- oder Speditionsgeschäft kontrahiert, muß sich sagen, daß der andere Teil mit Rücksicht auf das fremde Interesse kontrahiert und daß dieses evtl. den Gegenstand seiner Forderung bilden soll.

Daß wir hiermit aber zu einem ganz befriedigenden Resultat nicht gelangen, zeigt uns Zimmermann[38]) an seinen, an diese Frage anschließenden Ausführungen. Es lassen sich Fälle denken, und diese kommen im Geschäftsleben auch tatsächlich häufig genug vor, daß jemand auf Rechnung eines Dritten mit einem anderen einen Vertrag abschließt, ohne daß dieser andere auch nur im entferntesten ahnen konnte, daß nicht sein Vertrags-

[36]) Seufferts Archiv, Bd. 11, S. 51.

[37]) Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, S. 88 ff

[38]) Zimmermann, a. a. O., S. 64.

gegner, sondern ein Dritter am Vertrage interessiert ist. Diesem den erwähnten Vertragswillen zu unterstellen und ihn aus diesem Grunde für den dem Dritten entstandenen Schaden verantwortlich zu machen, hieße eine unerhörte Schärfe. Auch diesen ganz frei ausgehen zu lassen, ihn überhaupt nicht für seinen Vertragsbruch verantwortlich zu machen, würde wiederum unserem Rechtsgefühl nicht entsprechen, außerdem die Sicherheit im Geschäftsverkehr gefährden. Es heißt also, einen anderen Modus finden, der zum Ziele führt.

## § 15.

### 6. Haftet der Kontrahent des Vertragsbrechers dem Dritten, kann er dessen volles Interesse verfolgen.

In diesem Falle ist das Interesse des Dritten auch sein eigenes Interesse geworden. Einer Klage hierauf steht also nichts im Wege. Die von Crome[39]) gemachte Einschränkung, daß der Vertragsbrecher nur im Falle seiner Kenntnis — oder, was dem gleich zu erachten ist, seines Kennenmüssens — von der materiellen Beteiligung des Dritten für den vollen Schaden verantwortlich zu machen ist, findet bei den anderen Schriftstellern keinen Anklang[40]). Nur insoweit ist ihnen zuzustimmen, als der § 254 B. G. B. Anwendung finden muß. Hierüber ist weiter unten zu sprechen.

[39]) Crome, Die partialischen Rechtsgeschäfte, S. 300 ff.

[40]) Vgl. Zimmermann, Regelsberger, Hellwig, a. a. O., Im Prinzip auch Tuhr, a. a. O., S. 541.

## § 16.

### 7. Das Interesse des Mittelmannes an der Erfüllung.

Daß jeder Mittelmann ein großes Interesse an der vertragsmäßigen Erfüllung des von ihm abgeschlossenen Vertrages hat, ist nicht zu bezweifeln. Man denke nur an den Kommissionär. Ihm muß viel daran liegen, daß der ihm von dem Kommittenten gewordene Auftrag auch ein greifbares Resultat zeitigt. Im anderen Falle leidet sein Renommee. Wenn er sich auch durch die Einrede, er habe das seinerseits erforderliche getan, exkulpieren kann, so kann er sich doch nicht von dem Vorwurf reinigen, daß er seine Leute genauer hätte kennen müssen. Macht der Kommittent mit ihm in dieser Hinsicht des öfteren schlechte Erfahrungen, wird er sich lieber an einen anderen wenden. Dasselbe gilt im Geschäftsleben auch in anderen Fällen. In dem Beispiel von Endemann wird A. das größte Interesse daran haben, daß C. das von ihm gekaufte Faß Spiritus auch richtig bekommt.

Ob der Mittelmann einen pekuniären Nachteil erleidet, kann dabei noch außer Erwägung bleiben. Ein anständiger Mann muß schon seines Rufes wegen darauf bedacht sein, dasjenige, was er für einen anderen unternommen hat, auch zu Ende zu bringen. „In re mandata non pecuniae solum, cujus est certissimum mandati judicum, verum etiam existimationis periculum est“[41]).

Daraus, daß das römische Recht erlaubte, fremde

[41]) Zimmermann, a. a. O., S. 66; vgl. Anm.

Angelegenheiten zum Gegenstande klagbarer Verträge zu machen, ist ersichtlich, daß derjenige, der aus einem solchen Vertrage Klage erhebt, des erforderlichen rechtlichen Interesses nicht entbehrt. Dies genügt aber nicht, um ihn zu einer Klage auf einen nicht ihm entstandenen Schaden zu legitimieren. Er hat ein rechtliches Interesse an der Erfüllung des Vertrages; trifft dagegen einen andern ein Schaden, so entbehrt er des eigenen Interesses. Nur wenn dieser Schaden auch sein eigener ist, kann er mit der Vertragsklage gegen den Vertragsbrecher vorgehen. Unsere ganze Untersuchung führt also darauf hinaus, zu prüfen, ob der Mittelmann das Interesse des tatsächlich Geschädigten mit dem seinigen identifizieren, ob er dessen Schaden als den seinigen behandeln kann[42]).

Teilweise wird er dies in den meisten Fällen können, nämlich in Höhe des transitorischen Interesses. Tuhr[43]) führt dies näher aus. Im Falle der indirekten Stellvertretung ist die vom Schuldner geschuldete Leistung dazu bestimmt, zunächst in das Vermögen des Gläubigers überzugehen. Den Schuldner geht hierbei das Verhältnis zwischen Gläubiger und Dritten nichts an. Durch Nichtleistung wird das Vermögen des Gläubigers direkt geschädigt, er hat somit einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner, der jedoch meistens nur den Sachwert der geschuldeten Leistung, niemals aber das volle Interesse des Dritten zum Gegenstande haben wird.

[42]) Vgl. Zimmermann, a. a. O., S. 66, 67.

[43]) Tuhr, a. a. O., S. 536 ff.

Für uns ist es aber wichtig, zu prüfen, ob der Mittelmann nicht das ganze Interesse des Dritten an der Leistung als das seinige behandeln kann[44]).

## § 17.

### 8. Quellenbelege.

Zimmermann[45]) führt diesen Beweis an der Hand der Quellen des gemeinen Rechts. Er geht davon aus, die rechtlichen Beziehungen des dem römischen Recht der klassischen Zeit für derartige Verträge dienenden procurator in seinem Verhältnis zum dominus einerseits und zum Dritten andererseits auseinanderzusetzen. Eine direkte Stellvertretung war dem römischen Recht jener Zeit fremd. Schloß ein prokurator mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft ab, so trat dieser Dritte in kein unmittelbares rechtliches Verhältnis zum dominus. Es entstand nur ein obligatorischer Nexus zwischen dem Dritten und dem procurator und zwischen

[44]) Von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus behandelt Müller-Erzbach in seiner Abhandlung über die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung unsere Frage. Er geht von der Interessenlage bei der indirekten Stellvertretung aus und will auf Grund derselben analog der direkten Stellvertretung unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen dem interessierten Dritten und dem Vertragsgegner des Mittelmanns schaffen. Die scharfsinnige Abhandlung von Müller-Erzbach ist zur Klärung der Rechtslage bei der indirekten Stellvertretung im Falle einer gesetzlichen Regelung derselben von großer Bedeutung; vorläufig fehlt es jedoch an einer gesetzlichen Anerkennung der von ihm aufgestellten Prinzipien, wie wir sie schon im Seeversicherungsrecht finden.

[45]) Zimmermann, a. a. O., S. 67 ff.

dem procurator und dem dominus. Den hierdurch entstehenden Mangel einer erfolgreichen Rechtsverfolgung beseitigten die römischen Juristen dadurch, daß sie den procurator für verpflichtet erklärten, das aus dem Vertrage erworbene Klagrecht an den dominus abzutreten. Dieses Klagrecht ging aber zur Zeit der Pandekten-Juristen seinem Erfolge nach nicht auf Vertragserfüllung, sondern auf ein Geld-Äquivalent. „Die Klageabtretung sollte dem dominus zu einem Äquivalent für die unterbliebene Vertragserfüllung, d. h. zum Ersatze des Interesses verhelfen, das er an der Erfüllung des Vertrages hat. Das Klagrecht des procurator muß also dieses Interesse zum Gegenstande haben[46])."

Hätte der Procurator nur ein Klagrecht auf sein eigenes unmittelbares Interesse, dann würde eine Zession desselben dem dominus nichts oder doch nur wenig nützen. Abgesehen von den oben erwähnten Nachteilen[47]) hat der procurator an der Erfüllung des Vertrages regelmäßig kein Interesse, eine Zession seines Klagrechts würde diesem also nichts nützen, wäre somit sinnlos.

Aus dem Ausspruch des Paulus in L. 21, § 3 D. d. neg. gest. 3, 5[48]) könnte man zu folgender Ansicht

[46]) Zimmermann, a. a. O., S. 68.

[47]) Vgl. oben S. 21.

[48]) Mandatu tuo negotia mea Lucius Titius gessit; quod is non recte gessit tu mihi actione negotiorum gestorum teneris, non in hoc tantum ut actiones tuas praestes, sed etiam quod imprudenter eum elegeris, ut, quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi praestes.

gelangen: Dem procurator mußte aus seinem rechtmäßig abgeschlossenen Vertrage seinem Vertragsgegner gegenüber ein Klagrecht eingeräumt werden, dieses ging jedoch, da er kein besonderes „individuelles" Vermögensinteresse an der Erfüllung hat, nur auf Ersatz desjenigen Wertes, den die unterbliebene Leistung an und für sich und für einen jeden hat, auf die sog. vera rei aestimatio. Auf diese Weise würde also der dominus durch Zession dieses Klagerechts in der Hauptsache Befriedigung erlangen. Das dem dominus durch die besonderen Umstände entstandene Interesse wäre diesem jedoch verloren. Zu dieser Ansicht muß man gelangen, wenn man aus der zit. Stelle[49]) herausliest, daß der procurator außer zur Abtretung seiner Klage auch zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet sei, welchen der dominus infolge der negligentia des Mitkontrahenten erlitten hat. Die abzutretene Klage würde diesen Schadensersatz also nicht zum Gegenstande haben.

Eine andere Auslegung findet die Stelle durch Zimmermann. Er interpretiert folgendermaßen: „Wenn der procurator, seiner culpa in eligendo wegen, dem dominus für den von diesem erlittenen Schaden verantwortlich ist, so ist dieser Schaden gleichzeitig auch ein Schaden des procurator, und er kann für dasjenige, was er dem dominus zu leisten hat, — einerlei ob er bereits zahlte oder nicht — von seinem schuldigen Mitkontrahenten mit der Kontraktsklage Ersatz fordern. Die zu zedierende Klage des procurator gegen den Dritten

[49]) Anm. 47.

geht also in dem hier unterstellten Falle auf dasselbe Objekt wie die Klage des dominus gegen den procurator, und die Meinung des Juristen kann nicht die sein, daß der dominus deswegen, weil der procurator in culpa sei, ein Mehreres erhalte, sondern nur die, daß der procurator hier mit seinem eigenen Vermögen hafte, während außerdem der dominus mit einer Abtretung der Klage gegen den Dritten sich begnügen und es darauf ankommen lassen müsse, ob dieser imstande sei, den Schaden zu ersetzen[50]).“

Wie schon oben betont, ist die andere Auffassung auch denkbar, ja nach dem Wortlaut der Stelle wahrscheinlicher. Aber nach den folgenden Ausführungen Zimmermanns[51]) muß man sich seiner Meinung anschließen. Er geht davon aus, daß neuerdings, hauptsächlich durch eine Abhandlung von Mommsen[52]) nachgewiesen ist, daß das an Stelle der unterbliebenen Vertragserfüllung zu prästierende Äquivalent regelmäßig in dem Ersatz des gesamten Interesses und nur in einzelnen Ausnahmefällen in der vera rei aestimatio besteht. Unser Fall gehöre aber nicht zu diesen Ausnahmen, in den Quellen sei dies nirgends angedeutet. Noch mehr spreche gegen diese Einschränkung der Umstand, daß in den meisten Quellenstellen, die von der hier fraglichen Klageabtretung handeln, die zu zedierende Klage die actio mandati sei. Bei dieser ließe aber der Gegenstand der dem Mandatar obliegenden

[50]) Zimmermann, a. a. O., S. 69.

[51]) Zimmermann, a. a. O., S. 69, 70.

[52]) Mommsen, Beiträge II, § 8—12.

Leistung eine objektive Schätzung häufig gar nicht zu, sondern nur eine solche nach den individuellen Verhältnissen des Gläubigers. Die Statuierung einer derartigen beschränkten Verpflichtung desjenigen, mit dem ein procurator kontrahiert hätte, würde bei dem römisch-rechtlichen Stellvertretungs-System einen wesentlichen materiellen Mangel voraussetzen. Die Zession des von dem procurator erworbenen Klagerechts würde kein ausreichendes Mittel sein, um den Interessen des dominus Befriedigung zu verschaffen. Daß das Gegenteil vorausgesetzt werde, ginge aus der zitierten Quellenstelle hervor, namentlich aber aus L. 1, § 11 D. depos. 16, 3[53]). In diesem Falle erhalte der dominus seine volle Befriedigung. Die Klage umfasse nicht nur die rei aestimatio sondern sein gesamtes Interesse[54]).

Nach diesen Ausführungen kommt Zimmermann zu dem Hauptpunkt seiner Abhandlung, indem er den Grund der Identifizierung der Interessen des dominus und des procurator sucht. Es ist schon oben betont worden, daß es bei dem Kommissionsgeschäft hauptsächlich darauf ankommt, nachzuweisen, daß der Kommissionär berechtigt ist, das Interesse des Kommittenten mit dem seinigen zu identifizieren. Auch bei der indirekten Stellvertretung des römischen Rechts

[53]) Si te rogavero, ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet, qua actione tecum experiri possum, apud Pomponium quaeritur. Et putat, tecum mandati, cum eo vero, qui eas res recepit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi; quam actionem mihi praestabis mandati judicio conventus.

[54]) L. 21, § 3 zit.

ist es wesentlich, daß der procurator dem dominus für dessen Interesse juristisch verantwortlich, d. h. ersatzpflichtig ist.

Nach der oben zit. Stelle[55]) kann man eine solche Verantwortlichkeit scheinbar aber nur im Falle einer culpa des procurator annehmen. Das römische Recht sieht aber von dieser Voraussetzung sonst ganz ab und gestattet dem procurator unbedingt, das Interesse des dominus als das seinige zu behandeln. Daß dies nicht eine bloße Fiktion ist, aufgestellt, um dem System der indirekten Stellvertretung seine praktische Durchführung zu sichern, sondern daß vielmehr die römischen Juristen das obige Resultat als ein ganz natürliches und sich von selbst verstehendes behandeln, führt Zimmermann[56]) im folgenden aus:

Übernimmt der procurator für den dominus die Besorgung eines Rechtsgeschäfts, so verpflichtet er sich, dieses Rechtsgeschäft zur Ausführung zu bringen. Geschieht dies nicht, und hat der dominus infolgedessen einen Schaden, so sind aus der übernommenen Verpflichtung die Bedingungen einer gegen den procurator zu richtenden Interessenklage vorhanden. Sache des procurator ist es dann, sich zu exkulpieren. Handelt es sich also nur um den procurator, so kommt es lediglich darauf an, ob ihn ein Verschulden trifft oder nicht. Im letzteren Falle muß der dominus den Schaden selber tragen. Wenn aber der procurator sich zur Ausführung seines Auftrages eines Dritten bedient, so fragt es sich,

[55]) Anm. 52.

[56]) Zimmermann, a. a. O., S. 71, 72.

wer für dessen Verschulden einzutreten hat, der dominus oder der procurator. Trifft den letzteren eine culpa in eligendo, d. h. hat er bei der Auswahl dieses Dritten nicht die nötige Sorgfalt angewandt, dann haftet er dem dominus für den vollen Schaden. Er kann sich natürlich wieder an den Dritten schadlos halten. Liegt diese Voraussetzung aber nicht vor, dann wird die Frage kritischer.

Zimmermann führt das oben gewonnene Resultat der römischen Juristen auf folgenden Gedankengang zurück: „Wer hat im Verhältnis zwischen dominus und procurator die Folgen der culpa des andern Kontrahenten zu tragen? Dem dominus sie aufbürden, hieße ihn rechtlos machen, er hat ja gegen den eigentlich Schuldigen kein Klagrecht. Dem procurator wird dagegen dadurch, daß ihm jene culpa zur Last gelegt wird, im allgemeinen nicht zu nahe getreten. Denn er ist in der rechtlichen Lage, dasjenige, was er dem dominus als Entschädigung leisten muß, von dem eigentlich Schuldigen mit der Kontraktsklage wieder einziehen zu können. Einen materiellen Verlust hat er nur zu befürchten, wenn der letztere insolvent wird. Vor diesem Verlust muß er allerdings, wenn er selbst außer culpa ist, bewahrt bleiben; dazu genügt es aber, daß die Gefahr jeder Insolvenz auf den dominus übertragen, d. h. daß der procurator ihm nur insoweit verantwortlich erklärt wird, als er seinerseits Ersatz von seinem Mitkontrahenten zu erlangen vermag. Dies ist der einfache Grundgedanke, in dessen Verfolgung das römische Recht zu den hervorgehobenen Resultaten gelangt. Die Zession des Klag-

rechts des procurator an den dominus ist nur eine zweckmäßig abgekürzte praktische Durchführung dieses Gedankens. Der procurator, statt den dominus (allenfalls gegen cautio de eventualiter restituendo) zu entschädigen und dann seinen Regreß an den eigentlich schuldigen Mitkontrahenten zu nehmen, verweist durch Abtretung seines Klagrechts den dominus sofort an diesen, der doch zuletzt die Zeche bezahlen muß, und von dessen Solvenz es abhängt, wieviel jener schließlich behalten darf. Dieser Dritte kann sich aber natürlich, er mag von dem dominus mit der zedierten, oder von dem procurator, nach oder vor Zahlung an den dominus, mit der direkten Klage belangt werden, nie darauf berufen, daß die Haftbarkeit des procurator dem dominus gegenüber nur eine beschränkte sei. Denn ihre Schranke findet dieselbe eben nur in dem, was der schuldige dritte Kontrahent nicht zu leisten vermag, und soweit dessen Solvenz, soweit reicht auch die Haftbarkeit des procurator[57]).“

Auf einer ganz anderen Grundlage behandelt T u h r[58]) die Abtretung des dem Mittelmann zustehenden Klagrechtes. Er behauptet, daß für unser heutiges Recht die römische Denkfigur einer actio cessa mit eigenem Anspruch des Zessionars nicht zu gebrauchen ist. Im römischen Recht, so führt er aus[59]), waren Anspruch und actio zwei gesonderte Elemente, während

[57]) Z i m m e r m a n n , a. a. O., S. 72, 73.

[58]) v. T u h r , a. a. O., S. 557 ff.

[59]) Unter Berufung auf das „grundlegende“ Werk von B e k k e r , Actionen, Bd. 2, S. 257.

wir heute keinen von beiden vom andern getrennt uns denken können. Die actio war der Tatbestand, aus dem die Befugnis erwuchs, seinen Gegner zu einer Verhandlung in judicio zu zwingen ohne Rücksicht darauf, ob diese Verhandlung zu einer condemnatio führen, oder in Ermangelung von Ansprüchen des Gläubigers resultatlos verlaufen werde[60]). Der Anspruch war das Recht, kraft dessen jemand eine bestimmte Leistung verlangen konnte.

Da actio und Anspruch verschiedene Voraussetzungen und Endigungsgründe haben konnten, so ergaben sich verschiedene Kombinationen, unter anderen konnte, wie in unserem Falle, der eine die actio, der andere den Anspruch haben. Nur durch Zession des einen an den anderen entstand eine klagbare obligatio. Der Dritte war nunmehr imstande, den Schuldner

[60]) Diesen Gedankengang hat nach ihm die Quellenstelle fr. 38 de evict. 21, 2 von Ulpian: in creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet: habet autem contrariam pigneraticiam actionem et magis est ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est.

Habet pigneraticiam actionem sagt Ulpian, trotzdem der Gläubiger kein Interesse hatte, weder in direkter Weise, da die Eviction nicht ihn betrifft, noch mittelbar, da er als verkaufender Pfandgläubiger für die Eviction nicht haftet. Behält man nun den Unterschied von actio und Anspruch im Auge, so verdient das, was Ulpian ausführt, nicht den Vorwurf der Künstelei (wie Dernburg sich ausdrückt), sondern das Lob scharfsinnigen und zweckentsprechenden Denkens.

haftbar zu machen, und zwar für den Schaden, den dieser wirklich angestiftet hatte.

Diese Konstruktion gibt Tuhr für unser heutiges Recht preis. Unsere heutige Zessionslehre fuße auf dem Satz: nemo plus juris transfert quam habet ipse. Daher erwerbe der Zessionar die Forderung so, wie sie beim Zedenten beschaffen war.

Den Ausführungen Tuhrs besonders im Endresultat tritt Regelsberger entgegen. „Die römischen Juristen haben mit jenen Entscheidungen einen neuen materiellen Rechtsgedanken eingeführt. Da sie keine Gesetzgeber waren, mußten sie für die Neuerung eine konstruktive Rechtfertigung aufstellen. Das Haus fällt aber nicht, wenn das Gerüst beseitigt wird oder als brüchig einstürzt[61])." Er zollt dem von Zimmermann aufgestellten Gedankengang der römischen Juristen seine volle Anerkennung und bemerkt hierzu: „Ob sich der Jurist den ganzen Gedankengang zum vollen Bewußtsein gebracht hat, kann dahingestellt bleiben. Es ist der Vorzug genial angelegter Köpfe, den Schlußpunkt einer Gedankenreihe zu erfassen mit Überspringung der Mittelglieder[62])."

Die Konstruktion Zimmermanns ist einleuchtend, wenngleich die Quellenstellen dieselbe nicht deutlich hervortreten lassen. Das Resultat bezeugt jedoch die Richtigkeit derselben. In den folgenden Quellenstellen zeigt sich deutlich, daß sowohl der Umfang des Klagrechts wie die Verbindlichkeit zu dessen

[61]) Regelsberger, a. a. O., S. 267.

[62]) Regelsberger, a. a. O., S. 277, 278.

Zession darin ihren Grund hat, daß der procurator dem dominus für dessen gesamtes Interesse an der Leistung haftet.

*a*) L. 8, § 10, L. 10, § 1, D. mand. (von Ulpian) — si tibi madavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas — — — et si cautum est de evictione vel potest desiderare, ut tibi caveatur puto sufficere, si mihi hac actione cedas, ut procuratorem me in rem meam facias, nec amplius praestes, quam consecuturus sis. — — — (L. 10, § 1) Sed et si de sanitate servi procuratori cautum est aut caveri potest, aut de ceteris vitiis, idem erit dicendum; at si culpa caveri non curaverit, condemnabitur.

Aus dieser Stelle tritt deutlich hervor, daß der procurator, falls ihn kein Verschulden trifft, nur so viel dem dominus zu prästieren hat, als er selber von dem Vertragsgegner erlangen kann, und zwar wird dies erreicht dadurch, daß er seinen Anspruch gegen den Verkäufer an den dominus abtritt. Trifft ihn aber ein Verschulden, dann „condemnabitur", d. h. er haftet in diesem Falle dem dominus für dessen volles Interesse, ohne Rücksicht darauf, was er von seinem Vertragsgegner wieder erlangen kann. Daß es sich hier um das gesamte Interesse des dominus handelt, geht aus dem „restituas" hervor, d. h. er haftet auch für Eviktion und Mängel des Sklaven[63]).

Nach Ansicht von Brinz[64]) ist die Stelle folgender-

[63]) Vgl. Zimmermann, a. a. O., S. 73, 74.

[64]) Brinz, Pandekten, § 270.

maßen auszulegen: Wo die Verschuldung des Dritten den Obligierten selbst trifft, muß er auch selbst prästieren, zahlen; mit bloßer Klagezedierung kann er sich nicht helfen. Wo der Obligierte bloß eine Klage zu zedieren hat, trägt er selbst keine Schuld.

Im Grunde genommen steht Brinz hiermit nicht im Widerspruch zu Zimmermann. Ihm fehlt nur die Erkenntnis der scharfsinnigen Konstruktion des Juristen, wie sie Zimmermann uns vorführt.

β) L. 8, § 3. D. mand. (von Ulpian).

Si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus, qui ipse mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur. Tenetur autem, quia agere potest.

Diese Stelle ist zweifellos so zu verstehen, wie sie dasteht. Eine Unterstellung derart, daß der erste Beauftragte den Auftrag unbefugter Weise weiter gegeben habe, ist zum mindesten gewillkürt[65]). Allerdings enthält die Stelle dann einen Zirkelschluß[66]), zumal wenn man unter der actio die actio mandati directa versteht. Jedoch nur scheinbar. Zimmermann hat den Gedankengang, der den Juristen bei dieser Stelle geleitet hat, klargelegt[67]).

[65]) Brinz nimmt zu dieser Unterstellung seine Zuflucht, a. a. O., Anm. 38.

[66]) Gegen den „Zirkelschluß" Brinz, a. a. O., Anm. 38. „Es gibt Tatsachen, welche sich Ursache und Wirkung zugleich sind; wie z. B. ein gewisser Vergnügungsort die Frequenz des Tramway und der Tramway die Frequenz des Vergnügungsortes zur Folge hat."

[67]) Vgl. oben S. 28 f.

Ist hier an die actio mandati directa gedacht, so ist nach Zimmermann folgendermaßen zu interpretieren: Der procurator haftet dem dominus, weil er ein Klagrecht gegen seinen Mandatar hat, und er hat dieses Klagrecht, weil er dem dominus haftet. „Es wird also in unserer Stelle geradezu anerkannt, daß der procurator dem dominus — ohne Rücksicht auf eigene culpa — für die Handlungen und Unterlassungen des dritten Kontrahenten verantwortlich sei, und daß in dieser Verantwortlichkeit der Grund des gegen diesen dritten Kontrahenten ihm zustehenden Klagrechts liege[68])."

Auch die andere Auslegung, daß es sich hier um die actio mandati contraria handelt, spricht für unsere Auffassung. Der procurator hat die actio mandati contraria gegen den dominus, weil er diesem aus dem Auftrage gehaftet. Er haftet aber dem dominus, weil er gegen den Dritten ein Klagrecht hat. Auch in diesem Falle wird also seine unbedingte Haftung dem dominus gegenüber anerkannt.

In beiden Fällen wird der Grund seiner Haftpflicht darin gefunden, daß er in der Lage ist, den allein schuldigen Teil zur Rechenschaft zu ziehen. „Und mit diesem Grunde ist zugleich die Grenze angedeutet. Wenn er nur deshalb haftet, weil er sich an seinen Mitkontrahenten halten kann, so ist er auch nur insoweit haftbar, als er sich an diesen zu erholen vermag[69])."

[68]) Zimmermann, a. a. O., S. 75.

[69]) Ebenda.

γ) L. 14, D. si quis caution 2, 11 (von Neratius):

Si procurator ita stipulatus est, ut sistat duntaxat eum, quem stipularetur, non etiam poenam, si status non esset stipularetur, propemodo nullius momenti est ea stipulatio, quia procuratoris, quod ad ipsius utilitatem pertinet, nihil interest sisti. Sed quum alienum negotium in stipulando egerit, potest defendi non procuratoris, set ejus, cujus negotium gesserit, in re spectandum esse; ut quantum domino lites interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debeator. Eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus est: quanti ea res erit, ut hanc conventionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatam interpretamur.

Neratius behandelt hier den Eall, daß sich der procurator, der sich cautio judicio sisti leisten läßt, einfach stipulieren läßt, der Gegner solle sistiert werden. Durch Poenal-Stipulation oder durch die Stipulation: „quanti ea res erit" wird die Erfüllung gesichert. Im erstern Falle jedoch ist die Stipulation so gut wie wertlos, da, wie wir oben gesehen haben, der procurator kein direktes Interesse an der Erfüllung hat. Der Jurist steht aber auf dem Standpunkt, wenngleich auch mit der Einschränkung, daß man anderer Meinung sein könnte, daß hierbei auf das Interesse des dominus gesehen werden müsse. Der Promissar schulde also in diesem Falle soviel, als das Interesse des dominus an der Leistung betrage.

Unter ähnlichen Bedenken nimmt Ulpian zu dieser Frage Stellung. In L. 81, § 1 D. d. V. O.:

Si procurator sisti aliquem sine poena stipulatus sit, potest defendi, non suam sed ejus, cujus negotia gessit, utilitatem in ea re deduxisse; idque fortius dicendum, si: quanti ea res sit, stipulatio proponator procuratoris.

An diesen beiden Stellen ist die Verantwortlichkeit des procurator dem dominus gegenüber nicht berührt. Im Gegenteil gibt Neratius als Grund dafür, daß der procurator zum Gegenstand seiner Klage das gesamte Interesse des dominus machen könne, den Umstand an, daß es sich um die Angelegenheit eines anderen handele, und daß deshalb auch dessen Interesse in Betracht gezogen werden müsse. Brinz benutzt diese beiden Stellen als Gegenbeweis der Zimmermannschen Ansicht. „Auf ein weiteres oder anderes Interesse als der Zedent selbst hatte, kann der Zessionar nicht klagen. — Wenn hier der procurator seine aus der stipulatio sisti erlangte Klage an den dominus zediert, kann letzterer mit der zedierten Klage allerdings auf sein Interesse klagen, allein nur deswegen weil die stipulatio des procurator nicht auf ein (nicht vorhandenes) eigenes, sondern auf ein fremdes Interesse, nämlich das des Herrn, gerichtet erscheint, — das Interesse des Prinzipals also in der zu zedierenden Klage von vornherein begriffen ist[70]).“

M. E. sind die beiden zit. Quellen allerdings kein

[70]) Brinz, a. a. O., § 270, Anm. 39.

direkter Beweis für die Zimmermannsche Konstruktion. Wie ich Zimmermann verstehe, nimmt er dies aber auch gar nicht an. Er zeigt uns nur die Bedenken, die die Juristen bei diesem Falle beschäftigt haben.

δ) Dagegen spricht ganz entschieden für den von Zimmermann vertretenen Standpunkt L. 28, D. d. negot. gest., 3, 5 von Javolenus:

Si quis mandatu Titii negotia Seji gessit, Titio mandati tenetur, lisque aestimare debet, quanto Seji et Titii interest; Titii autem interest, quantum is Sejo praestare debet, cui vel mandati vel negotiorum gestorum nomine obligatus est. Titio autem actio conpetit cumeo, cui mandavit aliena negotia gerenda, et antequam ipse quidquam domino praestet, quia id ei abesse videtur, in quo obligatus est.

„Quanto Seji et Titii interest" ist hier nicht so zu verstehen, daß es sich um zwei verschiedene Interessen handelt. Der Jurist will damit sagen, daß das Interesse gleichzeitig das des Titius und des Sejus ist. Dies ergibt sich aus dem nachfolgenden Satze: Das Interesse des Titius besteht in dem, was er dem Sejus aus dem zwischen ihnen bestehenden Verhältnis schuldig geworden ist. Das Interesse des Sejus ist somit durch die Verantwortlichkeit des Titius dessen eigenes geworden. Auch die gegenteilige Annahme, daß von zwei verschiedenen Interessen die Rede ist, würde die Zimmermannsche Ansicht unterstützen. Danach würde Titius mit der

Kontraktsklage nicht nur dasjenige, was er dem Sejus zu ersetzen hat und was somit sein, des Titius, eigenes Interesse ist, sondern auch das sonstige Interesse des Sejus ersetzt verlangen können. „Sie würde dann nur um so entschiedener beweisen, daß die Kontraktsklage des procurator das gesamte Interesse des dominus begreift. Aber sie würde gar keine Aufklärung über den Grund der Anomalie geben, daß jemand ein Interesse zu liquidieren berechtigt wäre, welches in keiner Weise das seinige ist[71])."

M. E. kann die Stelle auch ihrem Wortlaut nach nur im ersteren Sinne verstanden werden.

Zimmermann faßt das aus dieser Quellenstelle gewonnene Resultat folgendermaßen zusammen: „Der procurator ist befugt, von seinem Mitkontrahenten den Ersatz des gesamten Interesses zu fordern, welches der dominus bei der bedungenen Leistung hatte. Er hat diese Befugnis, weil das Interesse des dominus zugleich das seinige ist und es ist das seinige, weil er dem dominus für dasselbe aus dem zwischen ihnen bestehenden Obligationsverhältnis haftet. Nur die Beschränkung dieser Haftbarkeit auf das Maß dessen, was er, der procurator, von seinem Mitkontrahenten erhalten kann, ist nicht hervorgehoben. Und mit Recht. Denn für den Umfang des dem procurator gegen diesen Dritten zustehenden Klagerechts ist jene Beschränkung ganz indifferent[72])."

---

[71]) Zimmermann, a. a. O., S. 78.

[72]) Zimmermann, a. a. O., S. 78.

## § 18.

### 9. Kommt es darauf an, daß der Vertragsbrecher die materielle Beteiligung des Dritten kannte?

Nach Crome[73]) kommt es in erster Linie darauf an, daß der zum Ersatz herangezogene Schuldner beim Abschluß des Geschäfts genügende Kenntnis davon gehabt hat, daß noch ein Dritter an der Erfüllung interessiert ist. Diese Kenntnis braucht nicht durch ausdrückliche Erklärung des Mittelmanns herbeigeführt zu werden, sondern versteht sich in den meisten Fällen von selbst, wie z. B. beim Kommissionsgeschäft. Aber auch ohne diese Kenntnis haftet der Schuldner nach Ansicht Cromes aus allgemeinen Billigkeitsrücksichten nach den auch hier geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben für den Schaden des Dritten. Er soll sich dem nicht dadurch ganz entziehen können, daß die Verpflichtung, die er eingegangen ist, auf Rechnung eines Dritten geht. Aber er soll auch nicht für all und jeden Schaden haften, den der Dritte evtl. erleidet, und der sehr oft unverhältnismäßig hoch sein kann, sondern nur für den, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge aus der Pflichtverletzung erwartet werden konnte.

Diese Einschränkung will Crome auch für den Fall angewendet wissen, wo der Mittelmann dem Dritten haftet, also sein eigenes Interesse verfolgt. Nur wenn der Schuldner von der materiellen Beteiligung des Dritten weiß, oder sie hätte erkennen müssen, nimmt er

[73]) Crome, a. a. O., S. 301 ff.

eine Haftpflicht auf das volle Interesse des Dritten an. Im anderen Falle greifen die im § 254 [2] B. G. B. enthaltenen Bestimmungen Platz, wonach der Beschädigte (Crome dehnt hier den Begriff „Beschädigter" auch auf den Mittelmann aus) den Schuldner auf einen unverhältnismäßig hohen Schaden aufmerksam zu machen hat, wenn der Schuldner den Eintritt eines solchen weder kannte noch kennen mußte. Unterläßt er dies, so tritt Culpacompensation nach § 254 [1] B. G. B. ein, sodaß dem Schuldner nur noch eine Schadensersatzpflicht im gerechten von ihm voraussehbaren Umfange zugesprochen wird.

Auch nach Ansicht Hellwigs[74]) ist für die Ersatzpflicht des Vertragsbrechers hauptsächlich der Umstand maßgebend, daß er die Beteiligung des Dritten kannte oder kennen mußte. Eine Milderung im Sinne des § 254 [2] B. G. B. gibt auch er zu.

Letztere Ansicht finden wir auch bei Regelsberger[75]) vertreten. Hat der Schuldner bei Eingehung des Vertrages keine Kenntnis von der materiellen Beteiligung des Dritten, hat er auch seine Vertragspflicht nicht vorsätzlich verletzt, so hat er den Schaden nur in der Höhe zu ersetzen, wie er sich als Eigeninteresse seines Vertragsgegners belaufen würde, d. h. den nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge aus der Pflichtverletzung zu erwartenden Schaden.

Zimmermann[76]) will von einer Beschränkung

[74]) Hellwig, a. a. O.

[75]) Regelsberger, a. a. O., S. 273.

[76]) Zimmermann, a. a. O., S. 79, 80, 81.

der Haftpflicht infolge einer Nichtkenntnis des Vertragsbrechers von der Beteiligung des Dritten nichts wissen. Besonders im Handelsverkehr. Ein jeder, so führt er aus, der sich überhaupt in zum Handelsverkehr gehörige Geschäfte einläßt, muß gewärtig sein, daß dieses Geschäft möglicherweise für fremde Rechnung geschlossen wird, und daß durch eine von ihm zu vertretende Vertragsverletzung ein Dritter Schaden erleidet. Er kann sich also nicht darauf berufen, daß er von der Beteiligung des Dritten nichts gewußt habe.

Aber auch darauf kommt es nicht an, so fährt er fort, daß der wegen Schadensersatz in Anspruch zu Nehmende die Verhältnisse dergestalt übersehen konnte, daß er sich von dem wirklich eingetretenen Schaden als einer möglichen Folge seiner culpa eine bestimmte Vorstellung machen konnte. Es genügt vielmehr, daß der Schaden eine wirkliche Folge seiner culpa ist. Eine Einschränkung derart, daß nur ein solcher Schaden in Rechnung gebracht werden könne, der sich als eine „möglicherweise vorauszusehende" Folge[77]) herausstellte, kommt nach seiner Ansicht nicht in Betracht. Hierbei sei nicht an den subjektiven Standpunkt des Beklagten zu denken, es solle damit nur ausgedrückt werden, daß ein Schaden, der infolge eines ganz außerordentlichen also „unmöglich vorauszusehenden" Ereignisses hervorgerufen worden sei, nicht mehr als Folge der culpa, sondern als ein zufälliger betrachtet werden müsse. „Solange es erlaubt und nicht ganz außer Übung

[77]) Vangerow, Lehrb., 6. Aufl., Bd. 3, § 571, Anm. 3, S. 48, 49.

gekommen ist, daß jemand der Besorgung fremder Angelegenheiten sich unterzieht, solange kann auch das Verhältnis, in dem er zum Geschäftsherrn steht, und durch welches der Schaden in concreto vermittelt wird, nicht als ein Ereignis ganz außerordentlicher Art oder als casus betrachtet werden[78])."

Diese Ansicht Zimmermanns geht entschieden zu weit. Der von den andern zit. Autoren vertretene Standpunkt entspricht jedenfalls dem Verkehrsbedürfnis am meisten, da er einen gerechten Ausgleich zwischen Schuld und zu prästierenden Schadensersatz schafft.

## § 19.

### 10. Kann der Gläubiger Schadensersatz an sich oder nur an den geschädigten Dritten verlangen?

Letztere Ansicht vertritt Tuhr. „Hat der Gläubiger ein Haftungsinteresse an der Leistung, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Nur ist die Art des zu gewährenden Schadensersatzes entsprechend der Beschaffenheit des Schadens eine besondere. Der Schaden des Gläubigers besteht darin, daß er mit einer Schuld an T. (den Dritten) belastet ist: der dem Schaden adäquate Ersatz besteht in der Aufhebung dieses Schadens d. h. in der Befreiung des C. (Gläubigers) von seiner Schuld an T.[79])." Aus dem § 249 B. G. B., hauptsächlich aber aus Zweckdienlichkeitsrücksichten zieht er den Schluß, daß der Gläubiger nur Befreiung

[78]) Zimmermann, a. a. O., S. 81.

[79]) von Tuhr, a. a. O., S. 541.

von seiner Haftung dem Dritten gegenüber verlangen kann.

Für den Fall, daß der Gläubiger keinerlei Interesse an der Leistung hat, versucht er unsere Frage auf folgende Weise zu lösen:

„Wir stehen vor einer Alternative: Entweder kann der Kontrahent von seinem Schuldner nichts verlangen, dann kann er auch nicht zedieren; oder: er kann eine wirksame Forderung zedieren, dann muß die Klage schon vor der Zession einen Inhalt gehabt haben. Die erste Lösung, dem Kontrahenten die Klage und damit die Zessionsmöglichkeit zu verweigern, weil der Schaden nicht ihn, sondern einen Dritten trifft, kann m. E. nicht die richtige sein: warum soll der schuldige Mitkontrahent per occasionem juris eine unverdiente Haftungsfreiheit genießen, und der Schaden, den er gestiftet hat, ohne Ersatz bleiben? Es kann also nur die zweite Lösung in Betracht kommen: der Gläubiger hat einen Schadensersatzanspruch gegen den Schuldner; da aber der Schaden nicht den Gläubiger selbst, sondern einen Dritten betroffen hat, so kann auch der Gläubiger die Ersatzleistung nicht an sich selbst, sondern nur an den Dritten verlangen. Wir können das Resultat, das sich ergeben hat, in folgendem Satz formulieren:

„„Wenn der Gläubiger zu einem Dritten in einem Rechtsverhältnis steht, vermöge dessen das Interesse an der Leistung des Schuldners statt beim Gläubiger bei diesem Dritten entstanden oder nachträglich auf den Dritten übergegangen ist, so kann der Gläubiger

den Schuldner zur Entschädigung des Dritten anhalten[80])."“

Er beruft sich dabei auf Kohler[81]), dem er denselben Gedanken unterschiebt: „Wenn jemand aus einem für sich abgeschlossenen Vertrage ein Entschädigungsrecht erworben hat, so kann er dieses Entschädigungsrecht in favorem tertii behalten, auch wenn das Entschädigungsinteresse nun das Interesse eines Dritten wird — er kann diesem Dritten den Entschädigungsanspruch zedieren.“ „Er kann ihn auch, möchte ich hinzusetzen, in favorem tertii ausüben, d. h. vom Schuldner verlangen, daß er den Dritten entschädige[82])." Dieses ist aber gerade die Frage. Kohler besagt es jedenfalls nicht. Außerdem übersieht Tuhr, daß Kohler hier nur den einen Fall behandelt, in dem der Gläubiger schon den Entschädigungsanspruch erworben hat, und dieser erst nachträglich auf den Dritten übergeht.

Ich kann mich der Ansicht Tuhrs nicht anschließen. Daß der von ihm konstruierte Anspruch auf Zahlung an einen Dritten in unserem Recht so allgemein als zulässig anerkannt ist, möchte ich bezweifeln. Auch Regelsberger[83]) und Hellwig[84]) verwerfen das von ihm gewonnene Resultat.

[80]) von Tuhr, a. a. O., S. 566, 567.

[81]) Kohler, Archiv f. bürgerl. Recht, Bd. XII, S. 34, Note 34a.

[82]) von Tuhr, a. a. O., S. 567, Note 84.

[83]) Regelsberger, a. a. O., S. 280.

[84]) Hellwig, a. a. O., S. 91, Note 184.

# C. Schlußresultat.

## § 20.

Wir können nunmehr das gewonnene Resultat folgendermaßen zusammenfassen:

Hat jemand im Interesse eines Dritten mit einem anderen einen Vertrag geschlossen, so kann er zwar berechtigter Weise Klage auf Erfüllung erheben. Ist diese aber infolge eines vom andern zu vertretenen Umstandes unmöglich geworden, so kann er den dem Dritten entstandenen Schaden einklagen, wenn er den Nachweis führt, daß er berechtigt ist, das Interesse des Dritten mit dem seinigen zu identifizieren, dessen Schaden als den seinigen zu behandeln.

a) Haftet er dem Dritten infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses, so hat er eine Ersatzforderung auf den vollen Schaden des Dritten, der damit sein eigener geworden ist. Der Unbilligkeit eines besonders hohen Schadens wird dadurch Rechnung getragen, daß der Vertragsbrecher im Falle seiner Unkenntnis von der materiellen Beteiligung des Dritten und für den Fall, daß er seine Vertragspflicht nicht vorsätzlich verletzt hat, nur den Schaden zu prästieren hat, wie er sich als Eigeninteresse seines Vertragsgegners belaufen würde, in letzter Linie den nach dem gewöhnlichen Lauf der

Dinge aus der Pflichtverletzung zu erwartenden Schaden. Außerdem greifen sodann die Vorschriften des § 254 B. G. B. Platz.

b) Trifft den Gläubiger keine eigene Ersatzpflicht für den Schaden des Dritten, so kann er diesen dennoch gegen den Vertragsgegner geltend machen, wenn er seiner Leistungspflicht dem Dritten gegenüber infolge der Vertragsverletzung des Schuldners nicht nachkommen kann, wozu er gemäß seines Rechtsverhältnisses zu dem Dritten an sich verpflichtet ist. Als Beleg hierfür können wir die zit. Quellenstellen gelten lassen, wenngleich dies hier nicht klar zum Ausdruck kommt. Jedenfalls ist der Sinn derselben nicht anders aufzufassen. Der von Zimmermann entwickelte Gedankengang ist höchstwahrscheinlich den römischen Juristen, insbesondere Ulpian, nicht klar zum Bewußtsein gekommen. Das von ihnen gezeitigte Resultat bezeugt jedoch die Richtigkeit desselben. Der Mangel der Erkennbarkeit einer materiellen Beteiligung des Dritten kommt dabei nur insofern in Betracht, als der Umfang der Ersatzpflicht in Frage steht. In diesem Falle greifen wiederum die unter a) gemachten Einschränkungen Platz.

Der Schuldner kann natürlich dem Dritten, der mit der ihm vom Gläubiger zedierten Klage gegen ihn vorgeht, die Einwendungen entgegenhalten, die in der Person des Gläubigers entstanden sind, da seine Ersatzpflicht ihren Grund in dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Schuldverhältnis hat.

Das auf diese Weise gewonnene Resultat entspricht

der Billigkeit und dem unser ganzes Obligationenrecht beherrschende Prinzip von Treu und Glauben insofern, als der Vertragsbrecher nicht per ocasionem juris von einer Haftpflicht befreit wird, er aber auch andererseits nicht einen unverhältnismäßig hohen, von ihm nicht voraussehbaren Schaden zu prästieren hat. Außerdem entbehrt es nicht der wissenschaftlichen Begründung, da schon die römischen Juristen auf seiner Grundlage ihre Fälle entschieden haben.

# D. Kann man das auf Grund des gemeinen Rechts gewonnene Resultat auf unser heutiges Recht anwenden?

## § 21.

Für die Beantwortung dieser Frage interessant, wenngleich für Lösung unseres Problems nicht bedeutend, ist die Abhandlung von Solmitz[85]). Er bezweckt mit derselben hauptsächlich die Unzulänglichkeit unserer neueren Gesetzgebung zu zeigen. Hierauf habe ich schon am Anfang meiner Arbeit hingewiesen. Wenn die neueren Gesetze alle Streitfragen, die bislang im großen Umfange existierten, durch positive Bestimmungen beseitigt hätten, bedürfte es nicht der vielen juristischen Abhandlungen. Daß dies nicht geschehen ist, liegt daran, daß die Streitfragen bis zur Kodifikation nicht genügend geklärt waren. Dieselben zu klären ist Sache der Wissenschaft, und diese muß sich naturgemäß immer noch auf das Recht stützen, welches hauptsächlich für unsere Gesetzgebung maßgebend gewesen ist. Das ist in unserem Falle das römische Recht, da das B. G. B. in der Lehre vom

[85]) Solmitz, in Hanseatische Gerichtszeitung 1899, Nr. 49, S. 289—295.

Interesse durchaus auf dem Boden des gemeinen Rechts steht. Hiervon will Solmitz scheinbar nichts wissen. Wie ich ihn verstehe, ist nach ihm das alte Recht mit dem 1. Januar 1900 abgetan. Er geht deshalb auch auf die Ausführungen Zimmermanns nicht näher ein mit der Begründung, daß eine derartige Untersuchung hier von höchstens platonischem Werte sein könnte. „Denn mit dem 1. Januar 1900 gehört das Recht, für welches Zimmermanns Untersuchungen in der hier ventilierten Frage die einzige wissenschaftliche Grundlage unbestritten war, der Vergangenheit an. Nur unter der Herrschaft des alten Rechts konnte Zimmermanns Arbeit die juristische Quelle für eine lebendige Funktion des heute den gesamten Handelsverkehr mächtig durchströmenden Kommissionsgeschäfts sein. Versiegt die Quelle ohne Ersatz im neuen Recht, so müßte sich eine bisher fest fundierte, wissenschaftlich unentbehrliche Verkehrsform von neuem auf unbekanntem, ungewohntem Boden dem starren Recht zum Trotz freie Bahn erkämpfen[86]).“ Er sucht dann nach einem Ersatz im neuen Recht und gelangt hierbei zu einem negativen Resultat. Für das Kommissionsgeschäft löst er die Frage, indem er sagt, daß das Gewohnheitsrecht, das sich bislang gebildet hat, dem Kommissionär das Recht gibt, den bei dem Kommittenten entstandenen Schaden einzuklagen. Er berührt hierbei die Streitfrage, ob das vor 1900 entstandene Gewohnheitsrecht noch weiter fortlebe und gelangt zu der m. E. richtigen Ansicht, daß dieses zutrifft. „Denn die während der

[86]) Solmitz, a. a. O., S. 291.

Geltungszeit des alten H. G. B. gewonnene Erfahrung kann doch nicht plötzlich wertlos geworden sein; jeder, welcher Sätze eines ergänzenden Gewohnheitsrechtes anwendet, wird dies nach dem 1. Januar 1900 wie vor demselben in der Überzeugung tun, daß er Recht anwendet, und die langandauernde Übung vor dem 1. Januar 1900 wird auch späterhin die Grundlage der opinio necessitatis bilden[87])."

Im übrigen, insbesondere in seinen Ausführungen in betreff der Frage, ob wir für noch nicht geklärte Rechtsgebiete das alte Recht zur Anwendung bringen können, kann ich Solmitz nicht zustimmen. Die richtigere und praktischere Ansicht ist jedenfalls bei Regelsberger[88]) vertreten. Wenngleich er zugeben muß, daß nicht nur die meisten Praktiker, sondern auch viele Theoretiker den Standpunkt vertreten, das B. G. B. habe, von seinen eigenen Vorbehalten abgesehen, mit dem geltenden Privatrecht reinen Tisch gemacht, und alle auftauchenden zivilrechtlichen Fragen seien aus den Vorschriften und, wo diese im Stich ließen, aus dem Geiste des bürgerlichen Gesetzbuchs zu lösen, so steht er mit seiner Ansicht doch nicht vereinzelt da. Ich kann mich seinen Ausführungen nur voll und ganz anschließen. Er äußert sich über den strittigen Punkt folgendermaßen:

„Es spricht wenig Weisheit aus dieser Auffassung (der anderen Juristen). Im Pandektenrecht ist uns nicht nur ein reicher Gedankenschatz aus dem Altertum überliefert, es steckt darin die geistige Arbeit späterer

[87]) Solmitz, a. a. O., S. 294, 295.

[88]) Regelsberger, a. a. O., S. 281 ff.

Völker und nicht zum wenigsten unseres eigenen Volkes, ein bedeutendes Stück nationaler Schaffenskraft auf dem Gebiete des Rechts, erkauft mit vielen schweren Erfahrungen, herausgebildet unter dem Druck der Bedürfnisse des praktischen Lebens im Zusammenwirken von Theorie und Praxis[89]).“

Über das Verhältnis des bisherigen Rechts zum neuen entwickelt er folgenden Standpunkt: „Gehört ein Problem einem Rechtsinstitut an, das vom B. G. B. aus dem bisherigen Recht übernommen ist, und steht die Lösung, die dieses Problem im bisherigen Recht gefunden hat, weder mit den Grundzügen noch mit besonderen Vorschriften des B. G. B. in Widerspruch, so ist an dieser Lösung festzuhalten, bis eine vertieftere Einsicht oder ein Umschwung in den Lebensverhältnissen die Abweichung gebietet. Damit gewinnt die Praxis, die ohne dies alle Hände voll zu tun hat, um sich festen Boden unter den Füßen zu schaffen, eine Entlastung und, was höher anzuschlagen ist, das Rechtsleben eine Stetigkeit neben so vielen Neuerungen. Es wäre ein schwer zu verantwortender nationaler Luxus, wenn wir bei jeder Aufgabe, die das Leben der Jurisprudenz vorlegt, in Ermangelung positiver Regelung im Gesetzbuch die Arbeit von vorne beginnen und damit wieder die Unsicherheit heraufbeschwören wollten, die mit allen neuen Versuchen verknüpft ist[90]).“

[89]) Regelsberger, a. a. O., S. 281, 282.
[90]) Regelsberger, a. a. O., S. 282, 283.

# Lebenslauf.

Verfasser dieses wurde am 13. September 1883 in Equord, Kreis Peine, als Sohn des Fabrikdirektors Chr. Markwort zu Uelzen geboren. Ostern 1903 erhielt er das Reifezeugnis des städt. Gymnasiums zu Hameln a. Weser, studierte Jurisprudenz in Tübingen, Berlin, Göttingen und bestand am Oberlandesgericht zu Celle die erste juristische Staatsprüfung, war 9 Monate am Amtsgericht zu Burgdorf b. Hannover tätig und wurde dann dem Landgericht zu Osnabrück zur Beschäftigung überwiesen.